

A JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

The law of the international mining indigenous lands: The analysis of the
decisions inter-american court of human rights

Carlos Frederico Marés de Souza Filho¹
Kerlay Lizane Arbos²

RESUMO	ABSTRACT
A mineração ilegal em terras indígenas ocorre porque o Estado a ignora ou se mantém omissivo em produzir mecanismos jurídicos eficazes de proteção dos direitos indígenas. Este tipo de atividade ocasiona problemas às comunidades indígenas, pois promove o deslocamento compulsório, a ocorrência de doenças, violência contra os membros da tribo, principalmente mulheres e crianças, disseminação da população indígena e muitas vezes a morte. Tendo em vista, esta omissão do Estado na defesa dos direitos indígenas quando da ocorrência da mineração ilegal é que poderá a comunidade indígena, enquanto sujeitos de direitos coletivos, buscar como alternativa de proteção de seus direitos humanos e liberdades fundamentais o efetivo auxílio do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, visto que a mineração quando ocorre desta maneira fere a dignidade humana destas comunidades.	The ilegal mining in indigenous lands occurs because the State ignores it or keeps omissive in creating efficient legal instruments of protection to indigenous rights. This tipe of activity results in problems to indigenous communities, as it enforces the displacement of these peoples; causes illnesses and violence against members of the tribe, especially women and children; operates dissemination of indigenous population and, many times, even the their death. Take into account this omission of the State in defending indigenous rights when ilegal mining occurs, it allows the indigenous community, as citizens, quest the effective support of Inter-american System on Human Righs, as an alternative for protection of their rights and essencial liberty, since the mining, when it occurs in ilegal way, harm the human dignity of peoples.
Palavras-Chave: Direitos Indígenas; Direitos Humanos; Mineração Ilegal	Key-words: Indigenous Rights; Human Rights; Ilegal Mining

1. INTRODUÇÃO

Os índios ainda são vistos pela sociedade de maneira idealizada, na figura do bom selvagem da época do descobrimento ou de maneira preconceituosa apenas como um conjunto de imagens e crenças, parte do passado, rumo à civilização.

A legislação brasileira, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, determinava a integração do índio à sociedade como uma forma de transformar todos em não índios. Desde a época da colonização não há qualquer complacência ou tolerância para com os indígenas, pois a guerra travada contra estes indivíduos possui duas frentes bem definidas: o ataque físico e o ataque cultural.

¹ Procurador do Estado do Paraná, Mestre e Doutor em Direito pela UFPR, Professor da graduação e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. cfmsf@yahoo.com.br

² Advogada, Especialista em Gestão Ambiental pela UFPR, Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Socioambiental da PUCPR, Bolsista CAPES. lizanearbos@hotmail.com

A política integracionista entrou em decadência após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, mas os reflexos desta pressão cultural ainda são sentidos pelas comunidades indígenas.

Os índios sofrem desde a época da conquista do território brasileiro pelos colonizadores. A matança e a retirada destes foi uma das formas de conquista de suas terras, tão ricas em biodiversidade. E desde a colonização da América Latina as comunidades indígenas vêm sendo alvo de diversas formas de exploração.

Esta ainda persiste e, agora, muito mais revestida de interesses econômicos que sempre acabam sacrificando o pouco de dignidade que estes indivíduos ainda detêm, visto que marginalizados pelo sistema. A visão integracionista que se formou, sentida até hoje, também é responsável por esta marginalização.

Ainda, o forte interesse nas terras dos índios e em seus recursos ambientais, tais como madeira e minérios, aliados a dominação política, ideológica e econômica das elites municipais, torna insustentável e escassa a oportunidade de sobrevivência destes indivíduos para com outros membros da sociedade, como as populações rurais. As famílias do campo, que também precisam sobreviver (plantar e colher), geralmente criam conflitos ao adentrar as terras indígenas e o resultado sempre acaba sendo a violência.

Portanto, com intuito de mitigar os efeitos danosos de uma integração forçada, a Constituição Federal de 1988 passou a dar uma proteção aos direitos e interesses das comunidades indígenas, iniciando-se um processo de grandes mudanças.

Com a Constituição Federal de 1988, muda-se o paradigma da integração do índio a civilização, após séculos de tentativas fracassadas. Os constituintes perceberam a realidade: os índios não eram passageiros, destinados ao desaparecimento etnocultural, como se pensava. Garantiu-se a eles o direito de viver como pessoas diferenciadas em relação ao povo brasileiro.

Reconheceu, portanto, o direito a multietnicidade, garantindo as comunidades indígenas o uso da biodiversidade existente em seu território, bem como o usufruto sobre os recursos naturais de suas terras.

Da mesma forma, o texto constitucional prevê a posse permanente das terras ocupadas pelas comunidades indígenas, que podem autorizar ou não o acesso de terceiros a estes recursos.

A Constituição Federal de 1988 também reafirmou a competência da União para demarcar e proteger as terras indígenas. Com a demarcação o Estado não dá nem tira direito, apenas evidencia os limites a que se aplica a proteção constitucional, pois a terra é indígena originariamente.

O Decreto nº 1775/96, define o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas. Segundo o disposto neste decreto, a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em estudo antropológico de identificação, complementado por outros de natureza etno-histórica, sociológica, cartográfica, fundiária e ambiental.

Entretanto, apesar de a Constituição assegurar a posse permanente das terras às comunidades indígenas, estes ainda sofrem demasiadamente com conflitos provocados pelas invasões, justamente porque muitas destas terras ainda não foram demarcadas e as que foram são constantemente invadidas por garimpeiros, madeireiros, fazendeiros, dentre outros, interessados nos recursos ambientais que possuem.

As comunidades indígenas estão em contato direto com o meio ambiente. Conhecem a fauna e a flora local, utilizando-a de forma que não ocorra escassez dos recursos naturais. O manejo tradicional contribui para a manutenção da riqueza biológica, sendo de grande importância para a preservação ambiental.

A imensa riqueza existente nestes territórios é preservada, uma vez que as atividades desenvolvidas pelas comunidades indígenas são de baixo impacto ambiental. Por outro lado, o ecossistema vem sendo vítima da exploração desmedida de muitos grupos, como os garimpeiros, que há décadas exploram estas terras causando altos impactos socioambientais.

A mineração é uma atividade altamente impactante e somente poderá ocorrer em terras indígenas desde que obedecidos alguns requisitos dispostos na Constituição Federal de 1988, quais sejam: autorização do Congresso Nacional, oitiva das comunidades indígenas e participação destas nos lucros e resultados da lavra, lembrando que tais requisitos deverão ser regulamentados através de lei ordinária.

Ocorre que, até o presente momento a referida lei não foi promulgada permanecendo a questão sem nenhum tipo de resolução por parte do Estado Brasileiro, o que incentiva a exploração desenfreada nestas terras.

É, portanto, em razão desta omissão do Estado em criar mecanismos de proteção e por não dar efetiva atenção à questão, que comunidades indígenas brasileiras podem buscar como alternativa de proteção de seus direitos humanos a possibilidade de intervenção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A atividade de mineração ilegal em terras indígenas acarreta problemas aos direitos humanos dessas comunidades, principalmente devido à grande devastação da terra, a proliferação de doenças, a violência e a destruição das riquezas naturais ali existentes.

Quando o Estado Brasileiro se omite diante da ocorrência de mineração ilegal em terras indígenas, deixando de providenciar mecanismos eficazes de proteção e permitindo a ocorrência de violações ferozes aos direitos dos índios, possibilita que tais comunidades busquem em âmbito internacional a garantia para o exercício de seus direitos e liberdades fundamentais.

Os direitos das comunidades indígenas gozam de proteção internacional, estando o Brasil, como signatário de Tratados e Convenções já ratificados, obrigando-se a respeitá-los sob o risco de ser compelido internacionalmente para tal.

A possibilidade de submeter o Estado ao monitoramento e ao controle da comunidade internacional é um avanço notável e extremamente importante na defesa dos direitos humanos das comunidades indígenas.

Justamente em razão de tal possibilidade, é que as comunidades indígenas podem buscar auxílio no Sistema Interamericano de Direitos Humanos para garantia adicional de proteção de seus direitos humanos quando da prática de mineração ilegal em suas terras.

Portanto, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é o instrumento na luta pelo respeito aos direitos humanos das comunidades indígenas afetadas com a prática de mineração ilegal e que se encontram a margem do sistema.

AS COMUNIDADES INDÍGENAS BRASILEIRAS

Há pouco mais de cinco séculos, os portugueses que chegaram ao Brasil, deram início a um processo de migração que se estenderia até o início do século XX, e lentamente foram estabelecendo-se nas terras que eram ocupadas pelas comunidades indígenas.

Este processo de colonização propiciou a extinção de muitas comunidades indígenas que viviam no território dominado, em parte pela ação das armas, mas também pelo contágio de doenças trazidas dos países distantes, ou, ainda, pela aplicação de políticas visando à ‘assimilação’ dos índios à nova sociedade implantada, com forte influência européia.

Ainda que não se saiba exatamente quantas populações indígenas existiam no Brasil antes da chegada dos europeus, há estimativas sobre o número de habitantes nativos naquele tempo, que variavam de 1 (um) a 10 (dez) milhões de indivíduos.

O processo de colonização baseado no uso da força, por meio das guerras e da política da integração forçada, resultou no extermínio de grande quantidade de populações indígenas no decorrer destes 500 anos de descobrimento.

Atualmente, existem no Brasil cerca de 225 etnias indígenas, com uma população de, aproximadamente, 460 mil índios, falando pelo menos 180 línguas, que pertencem a mais de 30 famílias lingüísticas diferentes, além de 63 grupos de índios isolados sobre os quais ainda não há informações objetivas, existindo também entre 100 e 190 mil índios vivendo fora das terras indígenas, inclusive em áreas urbanas (FUNAI, 2009).

Estas populações estão localizadas em 626 terras reconhecidas oficialmente e que totalizam 104.932.650 hectares, representando 12,33% do território nacional.

As comunidades indígenas se encontram dispersas por várias regiões, sendo que mais da metade dos indivíduos está localizada nas regiões Norte e Centro-Oeste do Brasil, principalmente na área denominada de Amazônia Legal, local em que o número de terras indígenas chega a 405, o que representa 20,67% desta área e 98,61% do total de terras indígenas do Brasil.

As outras regiões - Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste - representam apenas 1,39% desta totalidade, uma vez que o processo de ocupação agropecuária foi mais intenso. De qualquer modo, há índios vivendo em todas as regiões brasileiras, em maior ou menor número (OLIVEIRA, 2006, p. 139)

Cada uma destas comunidades tem sua forma de entender e se organizar diante do mundo, o que pode ser observado através das diferentes modelos de organização social, política, econômica e de relação com o meio ambiente e ocupação de seu território.

A principal característica da população indígena do Brasil é a sua heterogeneidade cultural. Vivem no Brasil, desde grupos que ainda não foram contatados e permanecem inteiramente isolados da civilização ocidental, até grupos indígenas semi-urbanos e plenamente integrados às economias regionais. Independentemente do grau de integração que mantenham com a sociedade nacional, esses grupos aculturados preservam sua identidade étnica, se auto-identificam e são identificados como índios.

As variadas culturas das populações indígenas modificam-se constantemente e reelaboram-se com o passar do tempo. É assente o entendimento de que isto aconteceria mesmo se não tivesse ocorrido o contato com as sociedades de origem européia e africana, já que é normal na cultura a modificação de alguns traços culturais com o passar dos tempos.

Em relação à identidade étnica, as mudanças apareceram em diversas populações indígenas, muito se comenta, e se lamenta que os índios estejam perdendo sua cultura. Um índio calçado e vestido com calça jeans, falando português, utilizando gravadores e vídeos ou morando em uma favela aparece aos olhos do público como ‘menos índio’. O entendimento é que deveriam seguir seus costumes, tradições. E nós deveríamos deixá-los em paz, devolvê-los ao isolamento, para que possam seguir seus caminhos.

Devemos muito da nossa história aos nossos índios, e precisamos sim deixá-los em paz. Entretanto, a questão não é simplesmente devolvê-los ao isolamento que, talvez, possam nunca ter conhecido. Ao longo desses 500 anos, a história não tem sido fácil para os índios, que tiveram que lutar para sobreviver a epidemias, guerras, escravidão, aldeamentos e esforços de integração à população nacional.

A diversidade cultural pode ser enfocada tanto sob o ponto de vista das diferenças existentes entre as populações indígenas e as não-indígenas, quanto sob o ponto de vista das diferenças entre as muitas populações indígenas que vivem no Brasil. Entretanto, de qualquer forma está sempre relacionada ao contato entre realidades socioculturais diferentes e à

necessidade de convívio entre elas, especialmente num país pluriétnico, como é o caso do Brasil.

É necessário reconhecer, valorizar e proteger a identidade étnica específica de cada uma das populações indígenas em particular, compreender suas línguas e suas formas tradicionais de organização social, de ocupação da terra e de uso dos recursos naturais. Isto significa o respeito pelos direitos coletivos especiais de cada uma delas e a busca do convívio pacífico, por meio de um intercâmbio cultural, com as diferentes etnias (FUNAI, 2009).

O direito das populações indígenas, após um longo processo de tentativas assimilacionistas, foi finalmente assegurado pela Constituição Federal de 1988, que reconheceu a multietnicidade, garantindo o uso da biodiversidade existente em seus territórios, bem como o usufruto sobre os recursos naturais de suas terras, prevendo, da mesma forma, a posse permanente das terras ocupadas pelas populações indígenas, que podem autorizar ou não o acesso de terceiros a estes recursos.

A Constituição reconhece o pluralismo da sociedade brasileira representada pela sua multiplicidade cultural, social e étnica, conferindo-se, em seara inédita, capítulo especialmente dedicado às questões indígenas, à proteção do patrimônio cultural e ambiental, por intermédio de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição de 1988 é considerada um marco, pois além do reconhecimento dos direitos indígenas promoveu um profundo alargamento no rol de direitos e garantias previstos em seu texto, sem mencionar a nova topologia constitucional, fundamental para se compreender uma nova visão do Estado Brasileiro, que se desloca de uma ótica estatal fundada nos deveres do súdito para uma ótica da cidadania, fundada nos direitos dos cidadãos³.

Não foi sem razão que o princípio da dignidade humana passou a ser considerado um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro (art. 1º, III, CB), corroborando o entendimento segundo o qual, o princípio da dignidade humana, além de fundamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, passou a ser igualmente fundamento das ordens jurídicas internas.

³ Como assevera Flavia Piovesan, em sua obra *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*: “Com efeito, a busca do Texto em resguardar o valor da dignidade da pessoa humana é redimensionada, na medida em que, enfaticamente, privilegia a temática dos direitos fundamentais. Constata-se, assim, uma nova topologia constitucional: o Texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias, elevando-os, inclusive, a clausula pétreia, o que, mais uma vez, revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e garantias fundamentais”. (p. 32-33)

Além disso, a Constituição de 1988 alargou substancialmente o rol de direitos e garantias previstos, abarcando direitos civis e políticos, assim como direitos econômicos, sociais e culturais. Foi à primeira Constituição a inserir, em sua declaração de direitos, os direitos sociais, que, anteriormente, encontravam-se esparsos pela ordem econômica e social.

Outro aspecto inovador da Constituição Brasileira consiste no fato dela prever, em seu texto, uma série de princípios que regerão o país em suas relações internacionais (art. 4º).

A Magna Carta inova, realçando uma visão internacionalista jamais vista. Isso se deu pela consagração do princípio da prevalência dos direitos humanos (inc. II), da autodeterminação dos povos (inc. III), do repúdio ao terrorismo e ao racismo (inc. VIII) e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inc. IX) (PIOVESAN, 2007, p. 37/42).

O princípio do primado dos Direitos Humanos, de acordo com PIOVESAN, invoca a abertura da ordem jurídica ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o engajamento do país tanto no processo de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, quanto na integração destas regras no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, implica na assunção do compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os Direitos Humanos sejam gravemente violados e no reconhecimento da existência de limites e condicionamentos à soberania estatal (PIOVESAN, 2007, p. 40).

Ainda é válido ressaltar, que a redação constitucional conferida ao §2º do artigo 5º permitiu que se atribuísse um status constitucional aos tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, uma vez que os direitos consagrados nos referidos tratados passassem a fazer parte dos direitos constitucionalmente consagrados, integrando o bloco de constitucionalidade brasileiro (PIOVESAN, 2007, p. 51).

A especificidade dos tratados de Direitos Humanos reside justamente no fato de se procurar resguardar, nestes instrumentos internacionais, direitos do ser humano, que transcendem meros compromissos recíprocos assumidos entre os Estados. Visa-se à proteção da pessoa humana em sua integralidade⁴.

⁴ Assim assevera Flávia Piovesan *Direitos Humanos e o Direito Internacional Constitucional*, 7ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 64: “Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, parágrafo 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes

Os tratados internacionais de direitos humanos apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicabilidade imediata, conforme artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, enquanto que os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem a sistemática da incorporação legislativa (PIOVESAN, 2008).

Os tratados de direitos humanos irradiam efeitos concomitantemente na ordem jurídica internacional e nacional, a partir do ato de ratificação, não é necessária a produção de um ato normativo que reproduza no ordenamento jurídico o conteúdo do tratado, pois sua incorporação é automática (PIOVESAN, 2008).

A Emenda Constitucional n.º 45/2004 inseriu o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, estabelecendo critérios formais para equiparação dos tratados internacionais de Direitos Humanos às emendas constitucionais, quais sejam: aprovação nas duas casas do Congresso Nacional, em votação em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Este parágrafo veio com o intuito de responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente a hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos

Não obstante a alteração tenha aclarado o status dos tratados internacionais de Direitos Humanos que venham a ser ratificados pelo Estado Brasileiro a partir da edição da Emenda n.º 45, não solucionou o alvoroço acerca do status conferido aos tratados de Direitos Humanos aprovados anteriormente à sua publicação.

Assim, os tratados de proteção dos Direitos Humanos aprovados antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004 são material e formalmente constitucionais. Materialmente constitucionais, pois os direitos ali consagrados integram o bloco de constitucionalidade brasileiro (art. 5º, §2º) e formalmente constitucionais, pois não há a necessidade de obediência desse quorum para a aprovação dos referidos tratados.

buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não de prerrogativas de Estado”.

Ao passo que os tratados de Direitos Humanos a serem aprovados posteriormente à Emenda Constitucional n.º 45/2004 serão sempre materialmente constitucionais, sendo formalmente constitucionais na hipótese de obterem o quorum previsto no §3º em comento⁵.

Em que pese à celeuma acima, é indiscutível a abertura da Constituição Brasileira em relação aos tratados e convenções acerca de direitos humanos, possibilitando, desta forma, a construção de uma nova perspectiva de proteção aos direitos indígenas.

Neste ínterim, é válido destacar que os indígenas são titulares de todos os direitos assegurados pela Convenção Americana Direitos Humanos, bem como de outros tratados de direito internacional ou de direitos humanos, razão pela podem buscar proteção nos instrumentos internacionais de proteção às minorias, bem como aos direitos humanos em geral, que tenham sido ratificados pelo Brasil.

Não há dúvidas de que os instrumentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos podem ser utilizados para promover e assegurar os direitos das comunidades indígenas.

As comunidades indígenas, como anteriormente citado, vivem em um ambiente onde a fauna e a flora local é abundante, e se utilizam dos recursos naturais de forma sustentada, a fim de que não ocorra a escassez. Há nestas terras uma imensa riqueza biológica que deve ser mantida e preservada.

Ocorre que, tal ecossistema, em razão da sua imensa biodiversidade, é alvo constante de exploração por parte de diversos grupos interessados economicamente em tais riquezas. Tal como os garimpeiros, que na busca incessante por minérios valiosos adentram em terras indígenas, provocam confrontos violentos, muitas vezes com mortes, além de devastarem as terras, proliferam doenças e destroem as riquezas naturais existentes.

A principal forma de pressão do não-índio é sobre os recursos que as terras indígenas podem gerar. Assim, os conflitos surgem principalmente da tentativa do homem branco de utilizar as terras indígenas para a monocultura de produtos agrícolas de exportação,

⁵ Neste mesmo sentido, ver PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 75. “Se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda nº 45/2004, por força dos §§2º e 3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do §2º do mesmo art. 5º, independentemente de seu quorum de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão percorrer o procedimento demandado pelo §3º.”

para as atividades de mineração e garimpo, extração de madeira, ou para a construção de barragens e hidrelétricas.

A Constituição Federal de 1988 com o intuito de permitir o desenvolvimento nacional, mas de forma controlada estabeleceu salvaguardas, a fim de se garantir e conservar a biodiversidade existente em nosso território. Dentro desta lógica, é que a mineração, por ser uma atividade naturalmente impactante, deve ser realizada sob cuidados e restrições.

Nesta temática, é válido ressaltar que a Magna Carta assegura aos indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, e permite a mineração legal nestas terras.

Tal mineração pode ser considerada uma atividade legal quando o Congresso Nacional autoriza a exploração de recursos minerais, promove a oitiva das comunidades afetadas, bem como lhes assegura participação nos lucros e resultados da lavra, razão pela qual divergências relacionada a esta questão devem ser resolvidas em âmbito interno brasileiro, ou seja, com a atuação do Poder Judiciário.

No entanto, o que se tem visto em terras indígenas é a ocorrência da mineração ilegal, ou seja, aquele em que o Estado não autoriza a exploração e se mantém omissos, pois não adota as atitudes eficazes para combatê-la.

Pode-se perceber, por exemplo, o aparecimento de vários tipos de doenças e problemas de saúde, devido à forma como a mineração é realizada e, também, o alto impacto ambiental que esta causa na região em que ocorre.

A mineração em terras indígenas possui disposição constitucional, enfatizando que tal atividade somente poderá ocorrer com o cumprimento de requisitos específicos.

Por outro lado, estes requisitos necessitam de regulamentação através de lei ordinária, que até o presente momento não foi promulgada, o que torna, portanto, qualquer atividade de mineração em terras indígenas ilegal.

Logo, a ocorrência de mineração dita ilegal em terras indígenas, aliada a omissão do Estado em produzir mecanismos capazes de proteger os direitos de tais comunidades, permite que estas possam como alternativa de proteção de seus direitos humanos violados, a intervenção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, visando à proteção, a sobrevivência física e cultural indígena, bem como resguardando a cultura, costumes e tradições.

Destarte, os índios são também destinatários dos direitos assegurados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como detêm a possibilidade de proteção de seus direitos através de outros instrumentos internacionais de proteção às minorias, bem como de direitos humanos em geral.

Estes instrumentos podem ser muito úteis, principalmente se considerar que não há tribunais internacionais especializados na proteção aos direitos de índios e/ou minorias, e que as vítimas de atos e omissões discriminatórios não podem recorrer a outras estruturas legais internacionais além das Cortes que julgam as violações de direitos humanos.

Desta forma, a intervenção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos nos casos em que a mineração ocorra ilegalmente em terras indígenas é um alento para estas comunidades, pois ainda se encontram a margem do sistema e não conseguem obter o devido respeito a seus direitos.

HISTÓRICO E ATUALIDADE DA MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS

Desde a época imperial, enquanto o Brasil deixava de ser colônia portuguesa e era proclamada a República (1822-1889), não existia nenhum tipo de legislação que mencionasse a mineração em nosso país.

Com o ‘descobrimento’ do Brasil, depois de estabelecidos os mecanismos de concessão de terras para aqueles que se dispusessem a trabalhá-la, a Coroa Portuguesa se reservou o direito de reter a quinta parte das riquezas minerais que fossem encontradas e lavradas na colônia. Os minerais eram de propriedade do Estado e este outorgava o direito de lavra aos particulares que, em contrapartida, ficavam obrigados ao pagamento do quinto (BESSA, 2002, p. 217).

Então, a partir do Brasil República, as Constituições foram dispendo sobre a matéria, mas foi com a Constituição Federal de 1988 que as atividades de exploração e os recursos minerais foram amplamente discutidas e tratadas.

A Constituição estabelece um regime jurídico distinto entre a propriedade do solo e do subsolo. As jazidas minerais são bens da União e o seu aproveitamento é autorizado por

ela, segundo a lei. Ainda, o texto dá tratamento *sui-generis* à hipótese de aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas (SANTILLI, 1999, p 84).

As terras indígenas são também bens da União, mas destinadas ao usufruto exclusivo dos índios que tradicionalmente as ocupam. Este usufruto exclusivo se estende apenas às riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes em suas terras, reconhecendo-se, no entanto, a sua exclusividade nas atividades de cata, fiação e garimpagem, nos termos do Estatuto do Índio, acolhidos pela Constituição.

O sistema jurídico brasileiro deu proteção e reconhecimento aos direitos indígenas sobre o solo, mas tropeçou na separação entre bens do solo e riquezas do subsolo.

A Constituição elencou que são bens da União os recursos minerais inclusive os do subsolo e mencionou que os indígenas possuem posse permanente da área que ocupam com usufruto exclusivo das riquezas que existem neste solo, mas não sobre o subsolo (SOUZA FILHO, 1999, 138).

A mineração é uma atividade das mais polêmicas quanto aos impactos ambientais que produz. É altamente degradadora do meio ambiente e extremamente nociva à saúde, uma verdadeira ofensa aos direitos indígenas quando realizadas nestas terras (BESSA, 2002, p. 617).

Utiliza-se de uma mão-de-obra, na maioria das vezes, desqualificada, de pessoas que vivem em condições subumanas. Produzem, pois, uma intensificada destruição das populações indígenas, além de devastar a flora e a fauna e contaminar os rios com mercúrio.

A mineração em terras indígenas foi um dos temas mais debatidos e controvertidos no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, porque os setores interessados na abertura indiscriminada destas terras exerceram enorme pressão para a liberação deste tipo de mineração. No entanto, a Constituição, nos artigos 176, parágrafo 1º e 231, parágrafo 3º, manteve condições específicas e restritivas para a pesquisa e a lavra mineral em terras indígenas (SANTILLI, 1993, p. 145).

Há restrições impostas pela Constituição Federal à mineração em terras indígenas, à lavra mineral, ao aproveitamento de recursos hídricos, à remoção das comunidades indígenas de suas terras tradicionais e à exploração de suas riquezas naturais, uma vez que estas atividades provocam danos ambientais irreversíveis e irreparáveis. As comunidades indígenas sofrem com a introdução de doenças e com o rompimento do equilíbrio ambiental

nestas terras, pois o meio ambiente vai sendo constantemente degradado (SANTILLI, 1993, 146).

O intuito da Magna Carta, ao impor estas limitações e restrições quanto à mineração em terras indígenas, foi no sentido de assegurar aos índios a manutenção de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (231, caput), bem como a preservação dos recursos ambientais necessários ao bem estar destas comunidades (231, §1º). Estes dispositivos não teriam nenhuma eficácia se não houvesse limitações à prática de atividades que causam prejuízos ao meio ambiente e às comunidades indígenas que vivem nestes locais (SANTILLI, 1993, 146).

As restrições da mineração se aplicam a qualquer projeto de mineração no território nacional, conforme o artigo 176, parágrafo 1º da Constituição. As jazidas, lavras e outros recursos minerais constituem-se propriedade distinta da do solo, pertencendo à União, assim como os subsolos (20, IX). Estão garantidas, ainda, a pesquisa e a lavra destes recursos minerais, concedidas através de autorizações e concessões, por prazo determinado, outorgadas pela União a brasileiros ou empresas constituídas por leis brasileiras (SANTILLI, 1993, 146).

Além destas restrições, a Constituição assegurou condições específicas para a ocorrência de mineração em terras indígenas. Esta é a mineração dita legal, que pode ocorrer nestas terras desde que obedecidos alguns critérios, quais sejam, a autorização do Congresso Nacional e a consulta prévia às comunidades indígenas afetadas pelos projetos de mineração, com sua consequente participação nos lucros e resultados na lavra.

Porém, a mineração em terras indígenas desde a criação da Constituição Federal de 1988 não pode acontecer, não sendo considerada proibida tampouco permitida, uma vez que a condição exigida para a efetiva mineração nestas terras necessita de regulamentação, através de lei ordinária que ainda não foi criada e até que o Congresso Nacional a aprove, nenhuma atividade poderá ser desenvolvida em terras indígenas.

A Constituição também não definiu a diferença entre a pesquisa de minérios e a efetiva lavra de minérios. O Código de Minas, Decreto-Lei n.º 227 de 28 de fevereiro de 1967, alterado pela Lei Federal n.º 9.314/1996, define em seu artigo 14 que a pesquisa mineral busca definir a jazida, sua avaliação e a determinação da exequibilidade do seu

aproveitamento econômico, e no seu artigo 36 que a lavra mineral são operações que vão desde a extração das substâncias minerais úteis das jazidas até o seu beneficiamento.

A lei minerária, Decreto-Lei n. ° 227/1967, define processos separados para a pesquisa e a concessão da lavra minerária estabelecendo condições e requisitos específicos para cada tipo de processo, afirmando que a pesquisa mineral não fornece direito à efetivação da lavra, pois esta pode ser considerada prejudicial, recebendo neste caso indenização do governo pelas despesas feitas com a pesquisa.

Apesar disto, a pesquisa e a lavra mineral quer em terras indígenas ou não sempre serão precedidas de autorização do Congresso Nacional, sendo estas atividades autorizadas separadamente, uma vez que a pesquisa não permite a exploração comercial da jazida, admitindo apenas a realização de estudos, levantamentos, sondagens, entre outros, enquanto que a lavra mineral permite efetivamente a exploração da jazida.

Como já mencionado, a Constituição prevê a necessidade de criação de uma lei ordinária ditando as regras para esse tipo de exploração econômica, face ao conhecimento dos danos irreparáveis que a atividade minerária pode causar ao meio ambiente, bem como às comunidades indígenas que vivem nestes locais.

Os dispositivos constitucionais referentes à mineração em terras indígenas, isto é, os parágrafos 3º e 7º do artigo 231, requerem regulamentação em lei ordinária, que até hoje não foi aprovada e promulgada. Tramitam no Congresso Nacional diversos projetos de lei com este objetivo, porém muitos destes visam apenas a atuação minerária indiscriminada não a preservação da identidade cultural das comunidades indígenas (SANTILLI, 1999, 84).

SANTILLI, destaca que é a licitação a melhor forma de exploração mineral em terras indígenas, pois garante a prevenção do impacto nas comunidades indígenas e a preservação do meio ambiente, em suas palavras:

A licitação é necessária não só para garantir que a mineração em área indígena seja realizada por empresa com a melhor capacitação técnica, como também por aquela que apresente as melhores propostas de preservação ambiental e prevenção de impacto sobre as comunidades indígenas. A licitação garantiria igual oportunidade a todos os interessados em minerar em terras indígenas, bem como a publicidade e transparência de seus atos (SANTILLI, 1993, 151).

Assim, enquanto não há o consenso acerca da possibilidade ou não da mineração em terras indígenas, o melhor a ser feito é barrar qualquer tipo de atividade nestas áreas.

Logo, seguindo esta lição devem ser anulados os pedidos de pesquisa e exploração de jazidas minerais em reservas indígenas que foram apresentados ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) após a promulgação da Constituição de 1988, bem como os pedidos anteriores à Constituição promovendo o estudo e análise caso a caso barrando a expectativa de muitas empresas de poder explorar as jazidas apenas por ter feito o requerimento. Nenhum desses pedidos poderá ser deferido porque até hoje a Constituição não regulamentou a questão (SANTILLI, 1993, 84).

O conflito armado ocorrido em abril de 2004 na Terra Indígena Roosevelt (RO), envolvendo guerreiros cinta-largas e garimpeiros, que resultou na morte de 29 garimpeiros, foi o estopim para que o tema da regulamentação da atividade minerária nos territórios indígenas ganhasse um novo fôlego, particularmente pelo seu potencial econômico-financeiro.

O tema também passou a ser objeto de discussão sistemática no âmbito do Poder Executivo a partir de 2004, que constituiu uma comissão formada pelo Gabinete de Segurança Institucional (GSI) da Presidência da República, os Ministérios da Justiça e de Minas e Energia, a Fundação Nacional do Índio e o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), com a incumbência de *preparar e discutir com lideranças indígenas um anteprojeto de lei a ser encaminhado ao Congresso Nacional*⁶.

A Comissão Especial na Câmara dos Deputados, criada em março de 2005, para agilizar as discussões sobre a regulamentação da atividade minerária em terras indígenas analisou em caráter exclusivo o Projeto de Lei n.º 1.610/96, de autoria do senador Romero Jucá (PMDB/RR).

O PL, entretanto, sofreu críticas de lideranças indígenas e organizações que apóiam a causa indígena, que apontam na proposta a supremacia dos interesses de empresas em detrimento dos benefícios que a regulamentação da mineração pode levar as comunidades indígenas.

No texto do anteprojeto, em momento algum é feita referência à Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI), instituída pelo governo federal em março de 2006. As noções de participação e controle social indígenas sobre a gestão e os resultados da

⁶Registro de uma reunião envolvendo governo federal e indígenas: <http://www.dnpm.gov.br/conteudo.asp?IDSecao=99&IDPagina=72&IDNoticia=200>.

implementação política estão completamente ausentes. Quando muito, fala-se na participação das comunidades locais afetadas ou envolvidas no empreendimento minerário.

Ainda, o PL não estabelece um limite máximo para a ocorrência da mineração em terras indígenas, não situa mecanismos de controle da comunidade indígena afetada sobre os processos de extração, industrialização e comercialização para que ela possa aferir a renda e monitorar os procedimentos; não estabelece obrigatoriedade de Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), não estabelece a forma como, onde e com que antecedência as comunidades devem ser ouvidas, de que forma e se serão informadas previamente dos interesses e pesquisas e como sua manifestação deve ser considerada.

A versão atualizada, em 01 de agosto de 2006, deste anteprojeto de Lei de Mineração em Terras Indígenas pretendeu instituir dois regimes de exploração de recursos minerais: (i) o especial para as atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas e (ii) o de extrativismo mineral indígena. Ambos só poderão agir em terras indígenas homologadas.

Também propõe a criação de um fundo no âmbito do Ministério da Justiça, a ser gerido pelo órgão indigenista federal: o denominado Fundo Compartilhado de Receitas sobre Mineração em Terras Indígenas. Grande parte do texto do anteprojeto se refere aos critérios e procedimentos para o primeiro regime, que parcialmente incidem sobre o regime de extrativismo mineral indígena.

Predomina a visão contratualista e a linguagem técnica, como se não se tratasse de uma situação marcada por graus de informação, entendimentos e relações desiguais entre as partes.

Como se a racionalidade econômica predominasse entre os atores dos dois campos – indígena e não-indígena – e aqueles estivessem isentos da pressão exercida local e virtualmente, seja pelo Estado seja pela sociedade regional

No documento, predomina a visão etnocêntrica de desenvolvimento, como projeto cultural do capitalismo global. Também fica explícita a natureza mercantil e arrecadadora da iniciativa.

Além disso, pelo texto do anteprojeto, as comunidades indígenas não são atores preferenciais num possível processo de disputa de requerimentos, estando sujeitas, além disso,

às mesmas exigências e obrigações que recaem sobre os não-indígenas que pleiteiam a concessão de pesquisa e exploração mineral nos seus territórios.

Assim, apesar da retórica que trata a iniciativa como ‘democrática e de inclusão social’, fica o entendimento de que a iniciativa é mesmo de uma expropriação organizada.

A Constituição de 1988 optou por admitir o desenvolvimento nacional com a condição de preservar e garantir a sociodiversidade e para isso estabeleceu salvaguardas. Nesse contexto, a mineração, por ser uma atividade naturalmente impactante, deve ser realizada sob cuidados e restrições, ou até mesmo vedada.

As comunidades indígenas pleiteiam a preservação de sua identidade cultural, condições dignas de vida e o direito de viver em suas terras. A terra representa o suporte para a sua sobrevivência e está diretamente ligada ao sistema de crenças e de conhecimento.

O território está ligado à história cultural do grupo, a sua mitologia, as relações de família, ao conjunto das interações sociais e ao sistema de alianças políticas e econômicas entre seus grupos. A terra é condição essencial para garantir que os índios continuem mantendo suas características, uma vez que etnicamente diferenciados da sociedade nacional.

A Constituição estabeleceu uma clara distinção quando tratou de mineração⁷ e garimpo⁸ em terras indígenas, determinado que a primeira está sujeita às condições específicas para a efetiva ocorrência, enquanto que a segunda é extremamente proibida. Assim, a garimpagem em terra indígena nunca poderá ser permitida, pois o garimpo nestas terras viola a Constituição Federal.

A maioria das atividades de mineração que hoje se desenvolvem em terras indígenas são ilegais, sendo nestes casos que o Estado se mantém omissivo, não produzindo mecanismos de defesa permitindo que ocorram os conflitos entre indígenas e garimpeiros.

⁷ Mineração abrange os processos, atividades e indústrias cujo objectivo é a extração de substâncias minerais a partir de jazidas minerais. BARBOSA, Marco Antonio. Direito Antropológico e Terras Indígenas do Brasil. São Paulo: Plêiade, FAPESP, 2001, p. 96.

⁸ Art. 70. Considera-se: I - garimpagem, o trabalho individual de quem utilize instrumentos rudimentares, aparelhos manuais ou máquinas simples e portáteis, na extração de pedras preciosas, semi-preciosas e minerais metálicos ou não metálicos, valiosos, em depósitos de eluvião ou aluvião, nos álveos de cursos d'água ou nas margens reservadas, bem como nos depósitos secundários ou chapadas (grupiaras), vertentes e altos de morros; depósitos esses genericamente denominados garimpos. II - faiscação, o trabalho individual de quem utilize instrumentos rudimentares, aparelhos manuais ou máquinas simples e portáteis, na extração de metais nobres nativos em depósitos de eluvião ou aluvião, fluviais ou marinhos, depósitos esses genericamente denominados faisqueiras; e, III - cata, o trabalho individual de quem faça, por processos equiparáveis aos de garimpagem e faiscação, na parte decomposta dos afloramentos dos filões e veeiros, a extração de substâncias minerais úteis, sem o emprego de explosivos, e as apure por processos rudimentares. Decreto-Lei 227/1967.

A mineração ilegal é uma das principais responsáveis pela degradação ambiental das terras indígenas se alastrando por estes territórios, provocando danos ambientais graves e muitas vezes irreversíveis.

A proliferação desta atividade em todo o território nacional vem causando as comunidades indígenas sérios problemas, porque é devido a este contingente de pessoas não absorvidas pelo trabalho rural ou nas indústrias, que se agrava a situação de tais comunidades.

A mineração e a garimpagem detêm efeitos devastadores sobre as comunidades indígenas, não só porque degradam o meio ambiente contaminando rios com mercúrio, inviabilizando a pesca, a caça e a destruição de matas ciliares em que estas comunidades vivem, mas também porque propiciam a proliferação de doenças, como a malária, a desnutrição, viroses, infecções, bem como a perda do território, da cultura e graves ataques violentos aos membros das tribos que se opõem a esta prática com níveis altíssimos de mortalidade (SANTILLI, 1993, 160).

Assim, estas constantes degradações culturais e ambientais nas terras indígenas se devem à omissão do Estado que deveria implementar mecanismos de defesa e proteção destas terras e não o faz. As explorações ilegais em terras indígenas violam os direitos humanos e liberdades fundamentais destas comunidades.

Desta forma, enquanto o Estado se omite, pois não repreende efetivamente estas práticas, as comunidades indígenas podem buscar no âmbito internacional uma proteção efetiva desses direitos, pois também são destinatárias dos direitos assegurados pelos tratados de direito internacional e de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Tendo em vista esta omissão do Estado, cumulado com o fato da mineração não existir formalmente, isto é, sem concessão do Poder Público, é que se busca a possibilidade de intervenção do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, como forma de auxílio e proteção dos direitos humanos das comunidades indígenas atingidas.

2. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E AS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:

Com o fim das duas grandes guerras mundiais começou a surgir no mundo um ambiente de reflexão que proporcionou uma discussão internacional acerca da violência e descarte em que foram tratados os seres humanos.

Esta discussão foi amadurecendo e fortalecendo o movimento de internacionalização dos direitos humanos, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo, tendo como ponto fundamental a dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de PIOVESAN:

No período do pós-guerra, os indivíduos tornam-se foco de atenção internacional. A estrutura do contemporâneo Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a se consolidar. Não mais poder-se-ia afirmar, no final do século XX, que o Estado pode tratar seus cidadãos da forma que quiser, não sofrendo qualquer responsabilização na arena internacional (PIOVESAN, 2002, p. 133).

Deste modo, a necessidade de promover uma ação internacional voltada para a proteção dos direitos humanos, estimulou a internacionalização destes direitos culminando com a criação de uma sistemática normativa de proteção internacional, possibilitando a responsabilidade do Estado internacionalmente quando as instituições nacionais forem falhas ou omissas na proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2002, p. 132).

Assim, é a partir do pós-guerra que se inicia uma reconstrução dos direitos humanos, como referencial ético a fim de orientar a ordem internacional contemporânea. De acordo com Piovesan, esta reconstrução promove de um lado a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e por outro a nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e valores (PIOVESAN, 2006, p. 17).

Em 1945 com o fim da Segunda Guerra Mundial houve a criação das Nações Unidas iniciando na ordem internacional um novo modelo de conduta nas relações entre Estados, com o intuito de manter a paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a cooperação no plano econômico, social e cultural, proteção do meio ambiente, da saúde e a proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2002, p. 139).

A carta das Nações Unidas consolidou o movimento de internacionalização dos Direitos Humanos determinando a importância em defender, promover e respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, sem definir ao certo o conteúdo e o alcance destas expressões.

A concepção de direitos humanos e liberdades fundamentais foram introduzidas pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e reiterada pela declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Brotou como um código de princípios e valores universais que devem ser respeitados pelos Estados, bem como trouxe a concepção de que direitos humanos são direitos universais, ou seja, são aplicáveis a todas as pessoas não importando o país, a raça, a religião e o sexo, cuja proteção não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional (PIOVESAN, 2003, p. 93).

A Declaração Universal de 1948 ainda definiu duas categorias de direitos uma ligada à liberdade e a segunda voltada à noção de cidadania e sociedade atrelando liberdade ao princípio da igualdade.

Os direitos civis e políticos são frutos do modelo do Estado Liberal buscando a defesa dos indivíduos com relação aos arbítrios do Poder Público, foram inspirados nos excessos cometidos nos regimes absolutistas e visam controlar o abuso estatal através de uma intervenção mínima, para assegurar a liberdade dos cidadãos, já os direitos econômicos, sociais e culturais, também adotados na Declaração de 1948, possuem a função de promover o bem estar social dos indivíduos que vivem em sociedade.

Assim, enquanto os direitos civis e políticos estabelecem direitos endereçados aos indivíduos e são assegurados pelo Estado, sem escusa ou demora possuindo, portanto, a auto-aplicabilidade os direitos sociais, econômicos e culturais estabelecem deveres endereçados aos Estados, apresentando aplicabilidade progressiva, isto é, são direitos que estão condicionados a atuação do Estado, que deverá adotar medidas, com vistas a alcançar a completa realização destes direitos, como exemplo, o direito ao trabalho, direito a moradia, educação, saúde, entre outros (PIOVESAN, 2003, p. 99)

Com a introdução dos direitos à vida, à dignidade da pessoa humana e à liberdade individual, dentre outros, trazidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948,

intensificaram-se, no âmbito internacional, as discussões acerca de formas eficazes de proteção desses direitos.

Num processo intenso de universalização, clamando pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição da pessoa é o único requisito para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, sendo ainda indivisível porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa, sendo que quando um deles é violado, os demais também o são (PIOVESAN, 2006, p. 18).

Este processo foi concluído com a criação de dois tratados internacionais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ambos de 1966, que passaram a incorporar os direitos da Declaração Universal transformando estes direitos em obrigatórios e vinculantes.

Assim, com a universalização destes direitos é que se formou a Carta Internacional dos Direitos Humanos, *International Bill of Rights*, permitindo a formação de um sistema normativo global integrado por tratados internacionais de proteção que refletem a consciência internacional acerca de temas ligados aos direitos humanos, bem como a formação dos sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos no plano regional, especificadamente em âmbito africano, europeu e interamericano (PIOVESAN, 2002, p. 217).

Igualmente, temendo possíveis ações arbitrárias por parte dos Estados, objetivando garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos através da busca pela efetiva proteção destes, é que os países criaram os sistemas regionais de proteção com aparato jurídico próprio sem impedir a convivência com o sistema global que é integrado pela Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e outros instrumentos internacionais (ROSA, 2004, p. 358).

O Sistema Interamericano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica, em 1969, estabelecendo a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana ou o Pacto de San José da Costa Rica reconhece e assegura a todos os cidadãos nacionais e estrangeiros que vivem no território americano direitos civis e políticos, bem como direitos econômicos, sociais e culturais.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem por objetivo promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América, sendo que sua competência alcança todos os Estados-partes da Convenção e Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, em relação aos direitos humanos nela consagrados (PIOVESAN, 2002, p. 217).

Tem como função principal além de promover a observância e proteção dos direitos humanos, fazer recomendações aos governos dos estados que fazem parte, a fim de adotarem medidas adequadas à proteção dos direitos humanos, preparar estudos e relatórios, solicitando aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas, bem como a submissão de um relatório anual a Assembléia Geral da organização dos Estados Americanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos também disciplina que qualquer pessoa, grupo de pessoas, ou entidades não governamentais pode apresentar comunicações que contenham denúncias de violação a direito consagrado pela Convenção.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos apresenta competência consultiva, relativa à interpretação das disposições da Convenção Americana e de Tratados concernentes a proteção dos direitos humanos e competência contenciosa que é o poder de adjudicar disputas relativas à denúncia de que um Estado-parte violou a Convenção (PIOVESAN, 2002, p. 217).

O Brasil firmou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, e por força da manifestação de vontade levada a efeito pelo Congresso Nacional e Poder Executivo, a Convenção passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, devendo, portanto, ser observada e respeitada no tocante aos direitos ali assegurados.

Com a Constituição Federal de 1988, o sujeito de direito foi considerado em suas particularidades ou especificidades, tal como os índios que possuem direitos assegurados em um capítulo exclusivo na Carta Magna.

Além desta proteção, as comunidades indígenas possuem ainda a tutela da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois esta prevê direitos e garantias àqueles que vivem no continente americano.

É importante ressaltar que em relação aos direitos dos índios, verifica-se que as questões indígenas passaram a ter enfoque internacional a partir do século XX diante de manifestações da comunidade internacional neste sentido.

Em 1957 a OIT – Organização Internacional do Trabalho aprovou o primeiro tratado internacional multilateral sobre povos indígenas, ou seja, a Convenção 107, substituída em 1989 pela Convenção sobre as populações indígenas e tribais, ou Convenção 169.

Com a assinatura da Convenção, as Nações Unidas passou a analisar a situação das comunidades indígenas no mundo. Deste cenário em diante percebe-se que a comunidade internacional vem movimentando-se no sentido de normatizar cada vez mais os diversos setores que envolvem os indígenas.

Tais iniciativas são profundamente necessárias, pois evidenciam os pontos de maior tensão e carência das comunidades indígenas e, principalmente, criam mecanismos institucionais para exigir dos Estados a proteção dos direitos destas comunidades.

Os constantes esforços de grupos indígenas organizados vêm tentando assegurar a sua proteção legal e sua própria existência, como comunidades distintas, dotadas de cultura, com instituições sociais e políticas, e territórios próprios.

E cada vez mais, a comunidade internacional vem reconhecendo este aspecto e ampliando a força na luta, para a conquista aos direitos humanos internacionais, levantando até questionamentos sobre conceitos de integridade territorial e soberania dos Estados nacionais.

Observa-se, cada vez mais, a busca pelos índios, em suas mobilizações, da cooperação internacional como meio de melhorar sua condição de vida e a manutenção de sua identidade e cultura próprias, na busca de programas de desenvolvimento, coordenados por suas próprias comunidades étnicas.

É fato que em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto a efetiva proteção dos direitos das comunidades indígenas, possibilitando o direito de manterem sua identidade, a manifestação cultural, dentre outros.

Ocorre que, a existência de uma lei não é garantia de seu cumprimento, e muitas vezes comunidades indígenas ficam a mercê de um tratamento adequado por parte do Estado.

É exatamente esta questão quando se trata de mineração em terras indígenas, pois os requisitos constitucionais para a ocorrência da atividade necessitam de regulamentação através de lei ordinária. Ocorre que, tal lei ainda não foi promulgada, e esta ausência de posicionamento por parte do Estado favorece o acontecimento ilegal da mineração.

A omissão do Estado em criar mecanismos de proteção eficazes aliado a demora na resolução destas demandas fere os direitos humanos das comunidades indígenas que sofrem demasiadamente com os ataques de grupos interessados nas riquezas minerais existentes nestas terras.

E como já destacado, as comunidades indígenas também possuem a tutela da Convenção Americana de Direitos Humanos, razão pela qual podem buscar auxílio internacionalmente como alternativa para a proteção de seus direitos humanos violados.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão do Sistema Interamericano, é um instrumento de defesa dos direitos humanos, recebendo e analisando petições individuais, que contenham alegações de violação de direitos humanos, assim qualquer indivíduo, ou grupo de indivíduos têm legitimidade processual para encaminhar casos de ofensa aos direitos humanos, incluindo as entidades não-governamentais legalmente reconhecidas em pelo menos um dos Estados-membros.

Assim, quando o Estado não intervém, ou não fornece meios efetivos para que se consiga, através do Poder Judiciário, a defesa do direito ou a reparação do dano, o remédio é apelar para o amparo do órgão internacional. Esta perspectiva vem afugentar as nefastas possibilidades de transgressão desses direitos, obrigando o Estado a aperfeiçoar suas vias internas de proteção.

Os direitos indígenas foram matéria de interesse do Sistema Interamericano de Direitos Humanos quase desde o seu nascimento, já entre 2001 e 2005 a Corte Interamericana de Direitos Humanos solucionou vários casos, envolvendo esses direitos, desenvolvendo linhas jurisprudenciais que demandaram avanços significativos em vários sentidos.

Sem dúvida, o caso Awas Tingni foi um marco na pauta de novas abordagens no tratamento, por parte da justiça internacional, daqueles direitos cuja titularidade corresponde coletivamente às comunidades indígenas, em virtude de suas particularidades étnico-culturais em relação à sociedade mais ampla.

Neste caso a Corte Interamericana sustentou que o direito a propriedade personificado no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos aplica-se a formas tradicionais e coletivas de propriedade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu a sentença do caso Awas Tingni, em 31 de Agosto de 2001, e tal decisão foi considerada inédita e paradigmática no reconhecimento de direitos indígenas e ambientais.

A Corte reconheceu direitos coletivos dos povos indígenas aos seus territórios e recursos ambientais, e determinou ao governo da Nicarágua que estabelecesse mecanismos legais para demarcar os territórios indígenas da Nicarágua, especialmente da comunidade Awa Tingni, e de outras comunidades que viviam na costa atlântica. Condenou ainda a Nicarágua a pagar US\$ 50 mil aos índios Awas Tingni, a título de indenização, além de US\$ 30 mil para cobrir custas processuais e honorários.

Foi o primeiro caso decidido pela Corte acerca de direitos territoriais indígenas, e abriu um importante precedente jurisprudencial internacional para o reconhecimento dos direitos de todos os povos indígenas americanos.

A comunidade Awa Tingni tem uma população de aproximadamente 150 famílias, ou 650 indivíduos. Os membros da comunidade se comunicam entre si quase que exclusivamente na língua Mayagna, embora a maior parte também fale espanhol. A principal aldeia da comunidade está localizada em uma área de floresta isolada, que fica a aproximadamente 100 km da costa atlântica da Nicarágua (SANTILLI, 2010).

O caso se originou a partir de uma petição submetida inicialmente pela comunidade Awa Tingni e por seu líder, Jaime Castillo Felipe, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que encaminhou o caso à Corte, em virtude da omissão do governo nicaraguense em promover medidas efetivas para proteger os direitos territoriais dos índios

Awás Tingni e de outras comunidades indígenas, tornando-os vulneráveis a violações (SANTILLI, 2010).

A decisão estabelece também um precedente importante do ponto de vista socioambiental, e do reconhecimento dos direitos das comunidades indígenas aos recursos naturais existentes em seus territórios tradicionais, privilegiando a interface entre direitos culturais e ambientais.

A sobrevivência física e cultural dos Awás Tingni estava ameaçada pela decisão do governo da Nicarágua de conceder a empresas madeireiras concessões de longo prazo para exploração de madeira dentro do seu território.

O governo nicaraguense já havia concedido à empresa coreana permissão para ingressar nas terras dos Awás Tigni e iniciar alguns trabalhos preliminares voltados para a exploração madeireira, e a empresa já havia iniciado a construção, nas imediações, de uma indústria de processamento de madeira.

Segundo a decisão da Corte⁹:

Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo mas em uma comunidade. Os indígenas têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas, a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

A Corte Interamericana é o órgão jurisdicional internacional responsável pelo julgamento de violações dos direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), e sua decisão entendeu que a Nicarágua violou os direitos de propriedade (em sua dimensão coletiva), de proteção judicial adequada e de igualdade perante a lei, previstos na referida Convenção.

A decisão da Corte expressa a sua compreensão de que a reprodução física e cultural dos povos indígenas só é possível por meio da proteção dos recursos ambientais existentes em seus territórios. A relação dos povos indígenas com a natureza é determinada

⁹ Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni v. Nicarágua, Julgamento de 31 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec79.pdf>> acesso em 30 de janeiro de 2010.

por seus padrões culturais, estando intimamente associadas à diversidade biológica e a diversidade cultural.

No caso da comunidade Indígena Sawhoyamaxa¹⁰ a Corte reafirmou esta posição, sustentando que as terras tradicionais e os respectivos recursos naturais das comunidades indígenas estão diretamente associados com o modo de vida e sobrevivência, bem como com o direito à propriedade protegido pela Convenção Americana.

Os direitos dos povos indígenas encontram-se calcado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de maneira que é interpretado em conjunção com o direito de propriedade.

Os laços entre as comunidades indígenas, a terra e os recursos naturais associados a estas culturas é interpretado como extensão do direito de propriedade no contexto da proteção internacional dos direitos dos povos indígenas.

Em 10 de janeiro de 2000, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma petição apresentada por Tomás Galeano e Esteban López, líderes da comunidade indígena Yaxye Axa, representados pela Organização Tierraviva para los Pueblos Indígenas del Chaco e pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional, contra o Estado paraguaio, por não providenciar assistência integral à comunidade enquanto perdura o processo de reivindicação do território tradicional, não finalizar o trâmite administrativo de recuperação de terras e por proibir suas atividades econômicas tradicionais de subsistência, isto é, a caça, a pesca e a colheita.

O caso foi encaminhado à Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que alegou que o Estado paraguaio não garantia o direito (coletivo) de propriedade dos membros da comunidade indígena, já que as suas demandas territoriais tramitavam desde 1993 sem resposta adequada do governo.

Segundo a Comissão, a comunidade indígena e seus membros estariam impossibilitados de acessar a posse e a propriedade de seu território, o que os manteria em um estado de vulnerabilidade alimentícia, médica e sanitária, ameaçando de forma contínua a sobrevivência dos membros da comunidade.

¹⁰ Caso da Comunidade Sawhoyamaxa Indigenous v. Paraguai, Julgamento 29 de março de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec146.pdf> Acesso em 30 de janeiro de 2010.

No dia 17 de Junho de 2005, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença de mérito, reconhecendo que o Estado paraguaio violou direitos assegurados à comunidade indígena Yakye Axa pelos artigos 8º (garantias judiciais), 25 (proteção judicial) e 21 (direito de propriedade) da Convenção Americana¹¹.

A Corte também decidiu que o Estado paraguaio violou o direito à vida, consagrado no artigo 4.1. da Convenção, e que a sentença constitui uma forma de reparação¹².

Segundo a sentença proferida pela Corte, o Estado paraguaio deveria: - identificar o território tradicional da comunidade indígena dos Yakye Axa e entregar-lhes de maneira gratuita; - garantir os bens e serviços básicos necessário para a subsistência dos índios; - criar um fundo exclusivamente destinado à aquisição das terras indígenas; - implementar um programa e um fundo de desenvolvimento comunitário; - pagar uma indenização por danos materiais, custas e gastos, - realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade; - adotar as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para garantir o efetivo gozo do direito à propriedade dos membros da comunidade indígena Yakye Axa.

Por fim, as sentenças dos Casos Moiwana¹³ e Yatama¹⁴ permitiram à Corte fortalecer a análise e fazer avanços na aplicação de vários direitos vinculados a território, identidade étnica e participação política.

Estas são algumas das sentenças discutindo questões indígenas e que demonstram a grande importância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para o desenvolvimento, limites e potencialidades na exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, e da dimensão étnico-cultural na reparação de violações aos direitos humanos de comunidades indígenas.

Logo, a atividade de mineração ilegal em terras indígenas viola direitos humanos a terra, liberdade e vida dos membros das comunidades, sendo que a omissão do Estado em

¹¹ Caso Comunidade Yakie Axa v. Paraguay, Julgamento 17 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec125.pdf> Acesso em 30 de janeiro de 2010.

¹² LOPES, Sygla Rejane Magalhães. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Congresso Internacional de Direito Ambiental: Direitos Humanos e Meio Ambiente. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.

¹³ Caso Comunidade Moywana v. Suriname, Julgamento 15 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec124.pdf> Acesso em 30 de janeiro de 2010.

¹⁴ Caso Yatama v. Nicarágua, Julgamento 23 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec127.pdf> Acesso em 30 de janeiro de 2010.

sanar tais problemas possibilita que as comunidades indígenas busquem auxílio internacional a fim de resguardarem seus direitos e liberdades fundamentais.

Assim, as comunidades indígenas quando sofrem com a atividade de mineração ilegal em suas terras podem buscar auxílio internacional para superar os problemas derivados desta atividade, especificamente, quando o Estado ignora ou não mantém mecanismos jurídicos eficazes para combatê-la.

É neste sentido, a possibilidade de intervenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pois esta tem o poder de sanar as freqüentes violações que sofrem, no tocante aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

CONCLUSÃO:

A Constituição Federal de 1988 garantiu em seu texto o direito a multietnicidade, permitindo as comunidades indígenas o uso da biodiversidade existente em seu território, o usufruto sobre os recursos naturais de suas terras, prevendo a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas pelas sociedades indígenas, que detêm a possibilidade de autorizar ou não o acesso de terceiros a estes recursos, bem como protege o direito a manifestação cultural e a própria proteção indígena.

Em que pese esta proteção constitucional dos direitos coletivos das comunidades indígenas, a implementação de alguns destes direitos demanda avanços imediatos e também progressivos por parte do Estado, como a criação da lei ordinária que definirá os métodos e procedimentos que deverão permear a atividade de mineração em terras indígenas.

Sabe-se que a atividade de mineração ilegal em terras indígenas, provoca inúmeros problemas não só culturais, como o deslocamento destas comunidades que têm na terra uma relação não apenas de posse mais de identidade cultural, como também provoca a ocorrência de doenças, violência contra os membros da tribo, principalmente mulheres e crianças, disseminação da população indígena e muitas vezes a morte.

Assim, devido à omissão do Estado em promover mecanismos de defesa dos direitos indígenas, na ocorrência de mineração ilegal ou garimpo praticado por terceiros, é que

surge como alternativa a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que funcionaria como um meio de resguardar os direitos humanos das comunidades indígenas.

Neste sentido, os direitos humanos das comunidades indígenas protegem os indivíduos que estão dentro e fora das comunidades e que são tratados desigualmente pelo sistema jurídico nacional, mas que nem por isso deixam de ser cidadãos, devendo o Estado zelar pela integridade de seus direitos fundamentais.

A Comissão como instrumento de defesa dos direitos humanos, tem como propósito resolver os casos de violação destes direitos, permitindo a qualquer indivíduo, ou grupo de indivíduos a legitimidade processual para encaminhar casos de ofensa aos direitos humanos.

E sendo as comunidades indígenas também sujeitos de direitos coletivos, uma vez que cada um individualmente possui a titularidade de um direito sobre uma relação ou uma coisa, podem também promover na esfera de poder da Comissão a defesa dos direitos que foram violados, visto que o benefício será para a coletividade.

Portanto, os Estados têm a obrigação de garantir, por meio do Judiciário, a efetividade na proteção dos direitos humanos, atendendo aos casos de violação com agilidade e eficiência. É inadmissível que as comunidades indígenas permaneçam esperando por décadas a solução e reparação do sofrimento causado.

No entanto, quando isto não acontece podem as comunidades indígenas, enquanto sujeitos de direitos coletivos, buscar o desenvolvimento de suas instituições e do seu bem estar social no Sistema Interamericana de Direitos Humanos, através de seus principais instrumentos: a Comissão e a Corte Interamericana.

Este sistema é responsável pela disseminação internacional do respeito pelos direitos humanos, e um instrumento poderoso de auxílio à proteção dos direitos fundamentais das comunidades indígenas do mundo inteiro.

3. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BARBOSA, Marco Antonio. *Direito Antropologico e Terras Indigenas do Brasil*. Sao Paulo: Plêiade, FAPESP, 2001.

FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br>>. Acesso em 10 de dezembro de 2009.

R. Fac. Dir. UFG, V.35, n. 01, p. 09-40, jan. / jun. 2011 ISSN 0101 - 7187

LOPES, Syglea Rejane Magalhães. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Congresso Internacional de Direito Ambiental: Direitos Humanos e Meio Ambiente. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.

OLIVEIRA, Paulo Celso de. Os Povos Indígenas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia. (Coord.); Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. EOS - Revista Jurídica da Faculdade de Direito, v. 2, n.º 1, ano II, jun/jan 2008, Curitiba: Dom Bosco, 2008.

_____. Direitos Humanos: Desafios da Ordem Internacional Contemporânea. *In*: PIOVESAN, Flávia (Coord.). Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. A Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *In*: PIOVESAN, Flávia (Org.). Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *In*: Ribeiro, Maria de Fátima & MAZZUOLI, Valeria de Oliveira. Direito Internacional dos Direitos Humanos: Estudos em homenagem a Prof.ª Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2004.

SANTILLI, Márcio. Terras Indígenas na Amazônia Brasileira: Subsolo Bloqueado por Interesses Minerários. *In*: RICARDO, F. (Org.). Interesses Minerários em Terras Indígenas na Amazônia Brasileira. Documentos do ISA n.º 06. São Paulo: julho de 1999.

SANTILLI, Juliana. Aspectos Jurídicos da Mineração e do Garimpo em Terras Indígenas. *In*: SANTILLI, Juliana. (Coord.). Os Direitos Indígenas e a Constituição, Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas, 1993.

_____. As minorias étnicas e os sistemas regionais (europeu e interamericano) de proteção dos direitos humanos. Buscalegis. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/22444/22007> Acesso em 03 de fevereiro de 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. O Direito Envergonhado: o direito e os índios no Brasil. *In*: GRUPIONI, Luís Donisete (org.). Índios no Brasil. São Paulo: Global: Brasília MEC, 1998.

Artigo recebido em 14 de maio de 2010 e aceito em 25 de setembro de 2010.